



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 406.104 - RJ (2017/0157249-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : **ELIAS GOMES DE FIGUEIREDO E OUTRO**
ADVOGADOS : **ANA CAROLINA FERRARI PERES - RJ141342**
 : **ELIAS GOMES DE FIGUEIREDO - RJ121603**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**
PACIENTE : **FABIO DOS SANTOS CALISTRA**

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PENA-BASE DO PACIENTE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE DEMONSTRAM MAIOR REPROVABILIDADE NA CONDUTA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. *QUANTUM* SUPERIOR A 4 ANOS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. De início, cabe ressaltar que o julgador possui discricionariedade vinculada para fixar a pena-base, devendo observar o critério trifásico (art. 68 do Código Penal), e as circunstâncias delimitadoras dos arts. 59 do Código Penal, em decisão concretamente motivada e atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetiva dos agentes. Assim, a revisão desse processo de dosimetria da pena somente pode ser feita, por esta Corte, mormente no âmbito do *habeas corpus*, em situações excepcionais.

3. No caso dos autos, verifica-se que a análise da culpabilidade mereceu maior reprovabilidade. Isso porque ficou consignado que o paciente estava associado ao Comando Vermelho, uma facção criminosa nacionalmente conhecida por seus atos de extrema violência, o que traz maior reprovabilidade para a sua conduta.

4. Por fim, não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista que o *quantum* da sanção supera o limite previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

5. *Habeas corpus* não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de setembro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 406.104 - RJ (2017/0157249-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : ELIAS GOMES DE FIGUEIREDO E OUTRO
ADVOGADOS : ANA CAROLINA FERRARI PERES - RJ141342
ELIAS GOMES DE FIGUEIREDO - RJ121603
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : FABIO DOS SANTOS CALISTRA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de FÁBIO DOS SANTOS CALISTRA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação n. 0023551-24.2012.8.19.0021).

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 35, *caput*, c/c art. 40, inciso IV, da Lei n. 11.343/2006, à pena de 3 anos e 6 meses de reclusão, em regime aberto e ao pagamento de 816 dias-multa. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos.

Interposta apelação, o Tribunal local deu parcial provimento ao recurso ministerial, para aumentar a pena para 4 anos e 1 mês de reclusão, em regime inicial fechado e afastar a substituição da pena (fls. 73/118).

No presente *writ*, os impetrantes alegam que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, sustentando que a pena-base foi exasperada com base em fundamentação inidônea. Afirma que o acórdão impugnado *referiu-se a culpabilidade do paciente de maneira genérica, sofismando, ferindo frontalmente o espírito da lei que ao dispor aproximadamente de 8 (oito) circunstâncias constantes no artigo 59 do Código Penal, somente foi observado de maneira falaciosa, a culpabilidade, sendo certo todas circunstâncias do aludido artigo são favoráveis ao paciente, o que impede aquela autoridade coatora de aumentar sua pena base além do mínimo legal*" (fl. 8).

Dessa forma, requer, na liminar e no mérito, *"a concessão da presente ordem de habeas corpus em caráter LIMINAR, no intuito de afastar a majoração de 1/6*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da pena-base, bem como a substituição da pena restritiva de direito pela privativa de liberdade" (fl. 16).

O pedido liminar foi indeferido às fls. 142/145.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 157/165, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 406.104 - RJ (2017/0157249-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

[...] Habeas corpus não conhecido.

(HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...]. (STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso.

Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se, na presente oportunidade, o reconhecimento de constrangimento ilegal na exasperação da pena-base e na não substituição da pena.

De início, cabe ressaltar que o julgador possui discricionariedade vinculada para fixar a pena-base, devendo observar o critério trifásico (art. 68 do Código Penal), e as circunstâncias delimitadoras do art. 59 do Código Penal, em decisão concretamente motivada e atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetiva dos agentes. Assim, a revisão desse processo de dosimetria da pena somente pode ser feita, por esta Corte, mormente no âmbito do *habeas corpus*, em situações excepcionais.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso, o Tribunal local fixou a pena-base do paciente acima do mínimo legal nos seguintes termos (fl. 79):

DA PENA-BASE

Diferentemente do fundamentado na sentença objugada, a culpabilidade da conduta extrapolou ao normal do tipo, tratando-se os réus de integrantes da maior facção criminosa em atuação no Estado do Rio de Janeiro, havendo prova nos autos do grande volume de droga comercializado pelo bando, necessitando, assim, de uma resposta estatal mais recrudescida, de forma a manter-se hígido o fim preventivo e repressivo da pena. Aumento de 1/6 que se impõe.

Da leitura do trecho supracitado, verifica-se que a culpabilidade mereceu maior reprovabilidade. Isso porque ficou consignado que o paciente estava associado ao Comando Vermelho, uma facção criminosa nacionalmente conhecida por seus atos de extrema violência, o que traz maior reprovabilidade para a sua conduta.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E RESISTÊNCIA. PENAS-BASE DO PACIENTE FIXADAS ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE DEMONSTRAM MAIOR REPROVABILIDADE NA CONDUTA. REGIMES MAIS BRANDOS PARA RESGATE DAS PENAS RECLUSIVA E DETENTIVA. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. 2. De início, cabe ressaltar que o julgador possui discricionariedade vinculada para fixar a pena-base, devendo observar o critério trifásico (art. 68 do Código Penal), e as circunstâncias delimitadoras dos arts. 59 do Código Penal, em decisão concretamente motivada e atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetiva dos agentes. Assim, a revisão desse processo de dosimetria da pena somente pode ser feita, por esta Corte, mormente no âmbito do habeas corpus, em situações excepcionais. 3. No caso dos autos, verifica-se que a análise das circunstâncias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

judiciais mereceram maior reprovabilidade. Em relação ao crime de associação, ficou consignado que o paciente estava associado ao Comando Vermelho, uma facção criminosa nacionalmente conhecida por seus atos de extrema violência, que exerce influência fora e dentro de presídios, o que traz maior reprovabilidade para a sua conduta.

Quanto ao delito de resistência, disparar elevado número de tiros contra a guarnição policial demonstra extrema violência com que o crime foi cometido, extrapolando os elementos do tipo penal. Dessa forma, nos dois crimes cometidos pelo acusado, vislumbro elementos concretos para desvalorização das circunstâncias judiciais, não havendo se falar em ilegalidade da exasperação das penas-base.

4. Inexistindo redimensionamento da pena, não há se falar em regime semiaberto para o crime de associação e aberto para o crime de resistência. As penas-base foram fixadas acima do mínimo legal, fundamentação que justifica a fixação do regime mais gravoso que a pena arbitrada para os dois delitos - 5 anos e 4 meses no crime de associação e 1 ano no crime de resistência.

5. Habeas corpus não conhecido. (HC 387.754/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/04/2017, DJe 05/05/2017).

Dessa forma, vislumbro elementos concretos para desvalorização da culpabilidade, não havendo se falar em ilegalidade da exasperação da pena-base.

Por fim, não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista que o *quantum* da sanção supera o limite previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0157249-5

HC 406.104 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00235512420128190021 235512420128190021

EM MESA

JULGADO: 14/09/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: ELIAS GOMES DE FIGUEIREDO E OUTRO
ADVOGADOS	: ANA CAROLINA FERRARI PERES - RJ141342 ELIAS GOMES DE FIGUEIREDO - RJ121603
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	: FABIO DOS SANTOS CALISTRA
CORRÉU	: LUIZ CLAUDIO SERRAT CORREA
CORRÉU	: LUCIO MAURO CARNEIRO DOS PASSOS
CORRÉU	: SILVANO DE SOUZA BRITTO
CORRÉU	: RODRIGO DA SILVA LUCIO
CORRÉU	: LEANDRO PINHEIRO DE OLIVEIRA
CORRÉU	: WALTER BRANCO CAMERA
CORRÉU	: JORGE SAMPAIO FESTIVO
CORRÉU	: JANDERSON TEIXEIRA SILVA CHEIROSO
CORRÉU	: FABIO SILVA DE ABREU

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.